Die Lehre von der Geschäftsfüh... ohne Auftrag nach dem ...

August Sturm

Digitized by Google





HARVARD LAW LIBRARY

Received MAR 9 1929

BK 2005



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Lehre

von der

Geschäftsführung ohne Auftrag

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Eine Abhandlung

von

Dr. jur. A. Sturm,
k. Notar und Rechtsanwalt.



Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1897.

Digitized by Google

MAR 9 1929

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

3/7/21

Verlags-Archiv 2704.

Digitized by Google

Herrn Geheimrath

Professor Dr. Ernst Immanuel Bekker

in Heidelberg

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

In dankbarer Erwiderung Ihrer freundlichen Zusendungen an mich habe ich Ihnen, hochverehrter Herr Professor, diese Abhandlung gewidmet.

Ich habe an dieser Stelle denen Dank zu sagen, die mir die Quellen für meine Arbeit zugänglich machten, dem Deutschen Reichstag für die freundliche Uebersendung der Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, und dem Reichsgericht für die gütige Erlaubniss, in den Räumen der Bibliothek die Protocolle der Regierungs-Kommission über die Berathung des Bürgerlichen Gesetzbuchs einsehen zu dürfen. Wie mir seitens der Behörden des Deutschen Reichstags mitgetheilt wurde, liegt es in der Absicht, diese wichtigen Protocolle zu publiziren. — Die Arbeit bringt den Abschluss meiner verschiedenen Beiträge zur negotiorum gestio, deren ersten, der vor nun schon 20 Jahren erschien, ich dem verstorbenen Herrn Professor Windscheid widmen durfte; die dort vertretene Construction fand in den Auflagen des Windscheid'schen Lehrbuchs Beifall, und ging von da aus in andere Lehrbücher und auch in Entscheidungen über. Möge es mir gelungen sein, auch zu dem neuen Recht einen bescheidenen aber brauchbaren Baustein herbeizutragen.

Naumburg a/Saale, März 1897.

Dr. A. Sturm.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsangabe.

I. Einleitung. Seite

§ 1. Die Quellen und die Methode der Forschung 1

§ 2. Der Begriff der Billigkeit im Allgemeinen 5

§ 3. Der Begriff der Billigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 8

§ 4. Weitere Normen der Billigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch 14

§ 5. Das Recht der positiven Institute 17

§ 6. Die Billigkeit und das Recht der positiven Institute . . . 18

II. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 7. Das Grundprincip der Geschäftsführung ohne Auftrag . . 20

§ 8. Die einzelnen Folgerungen aus dem Grundprincipe . . . 28

III. Anhang.

1. Mein eigener, früherer Entwurf von 1882 38

2. Der 1888 veröffentlichte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich 40

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich 43

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§ 1.

Die Quellen und die Methode der Forschung.

Die Quelle für das neue Deutsche Recht ist selbstverständlich zunächst das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Dieses muss zu allererst aus sich selbst erklärt werden, und es ist klar und vollendet genug abgefasst, um diese Interpretation zu einer leichten zu machen. Die nächste Quelle bilden die Materialien für das Bürgerliche Gesetzbuch in drei Bänden. Die wichtigste Quelle sind die Protocolle der Commission für die zweite Lesung des Entwurfs, für mein Thema insbesondere die Protocolle vom 28. November 1892 und vom 29. und 30. November 1892. Sodann ist auf den Entwurf erster Lesung und auf die Motive zu dem Entwurf zurück zu gehen. Hoffentlich liegen uns die musterhaft verfassten Protocolle bald ebenso im Druck vor, wie die Motive; geben uns die letzteren eine musterhafte Darstellung des herrschenden Rechts, so geben die Protocolle die von allen Citaten losgelöste, grosse gesetzgeberische Entscheidung mit der meist überzeugenden Begründung. Von den Motiven des Entwurfs aus müssen wir dann die Quellen zurück in die Deutsche Rechtsgeschichte verfolgen. Aus dieser Geschichte ist auch das neue Recht erwachsen. Das grosse Colleg, welches einst dies neue Recht zu lehren hat, muss voraussetzen, dass das Römische Recht wie das Deutsche Recht den Hörern mindestens ebenso bekannt ist, wie es den gemeinrechtlichen und landesrechtlichen Juristen bekannt war. Hierin sind die Ansprüche eher

Digitized by Google

zu erhöhen, als zu mindern. Für mich lag die Bearbeitung des ersten positiven Instituts des geplanten Werks*) darum leichter, weil einmal meine eigene Ansicht von den Motiven getheilt und in den Windscheid'schen Anmerkungen, welche die Protocolle nennen, jetzt mit citirt ist, und, weil ich mich in den Abhandlungen: das *negotium utiliter gestum*, 1878, das Grundprincip der *negotiorum gestio*, 1882, Beiträge zum Römischen Recht, 1891, nicht nur eingehend mit dieser Lehre beschäftigt, sondern auch einen eigenen Entwurf dieses Instituts entworfen habe; ich lasse diesen mit den beiden Quellen einen Anhang dieser Abhandlung bilden. Für die Aufstellung der positiven Institute als solcher darf ich ebenfalls auf meine früheren Schriften verweisen.

Was die Methode der Forschung betrifft, so ist zu betonen, dass nunmehr jede Kritik des Gesetzbuchs hinter die Interpretation desselben zurück zu treten hat. Auch hier ist für mich die Aufgabe erleichtert, weil das Gesetzbuch das subjective Princip aufgenommen hat, das ich seit dem Buche, welches ich seiner Zeit Windscheid widmen durfte, wohl am energischsten vertreten habe. Die Ansicht meines Gegners Ruhstrat ist völlig abgelehnt worden. Die eine wunde Stelle des Gesetzes, welche Uebernahme und Ausführung der Geschäfte scheidet, durfte ich desshalb angreifen, weil hier, wenigstens für uns, annoch eine gesunde Interpretation schwer möglich erscheint.

Im Uebrigen ist zu sagen, dass wir uns mit dem neuen Rechte nicht etwa nur von einer vorgefassten Meinung aus abzufinden haben, sondern dass wir es mit deutscher Begeisterung zu lieben haben. Das Recht ist ein lebendiges Recht, es will als neue Lebenskraft von uns erfasst sein, es ist nicht genug, dass eine Norm gegeben wird, wir müssen sie auch als Norm annehmen und innerlich verarbeiten. Dies sei unser Dank für die treue und wahrhaft klassische Arbeit unserer deutschen Commissionen für das Deutsche Recht. Diese Liebe zum Recht zu empfinden, wird zumeist Aufgabe der Jugend, sie zu lehren, Aufgabe der Professoren sein, die so glücklich sind, der deutschen Jugend das zu geben, was der Traum der Väter war. —

*) Zu dessen Fortsetzung mir freilich wohl Freiheit und Zeit fehlen wird.

Digitized by Google

Für die Bearbeitung einer einzelnen Aufgabe, wie ich sie mir gestellt habe, ist zu sagen, dass man nur den ganz bescheidenen Wunsch aussprechen darf, vielleicht einen brauchbaren Baustein den grossen Baumeistern der Zukunft geliefert zu haben. Denn die Aufgabe ist durch ihre Neuheit eine schwere. —

Zu bemerken ist hier noch, dass im Reichstag der hier behandelte Titel keine Aenderung erfahren hat.

Das neue Deutsche Recht, welches uns das Bürgerliche Gesetzbuch gibt, liegt vor uns, wie ein grosses, unerforschtes Land. Es reizt uns zunächst einen grossen Ueberblick über das neue unbekannte Gebiet zu gewinnen, und, um im Bilde zu bleiben, von einer Höhe aus das neue Land zu überschauen. Ich habe mir für meine Betrachtung den höchsten Standpunkt, den höchsten Gipfel ausersehen, der, im Centrum des Gebietes liegend, den besten Ausblick auf alle Höhen und den besten Einblick in alle Niederungen des neuen Rechtgebietes bietet; ich will das neue Recht vom Standpunkte der Billigkeit aus betrachten: ich bin dazu berechtigt, weil das Gesetzbuch diesen Standpunkt überall direct und indirect hervorhebt.

Wie aber alle Bilder, so deckt auch dieses die Sache nicht, und gibt sie nicht ganz wieder. Denn wir dürfen dem Recht nicht fernstehen, dürfen nicht, wie der Philosoph, von oben herab nur das Grosse, Ganze überblicken, sondern wir müssen den einzelnen Paragraphen, den kleinsten Bestimmungen nahe treten, weil wir positives Recht geben wollen. Dann aber trifft das Bild nicht ganz zu, weil das aufgeschriebene Recht noch ein todtes Gebiet ist; es gewinnt erst Leben, wenn es angewandt wird, wenn es gilt, denn das Wort ist niemals das Recht, sondern nur die lebendige Rechtsanwendung. Einem einzigen Volke, dem Römischen, ist es beschieden gewesen, die lebendige Darstellung des Rechts auch in der Schrift zu finden, und die Nation würde zu einer Handwerkerzunft im Recht werden, die aus diesem ewigen Brunnen des *Corpus juris* nicht mehr lebendiges Wasser schöpfen wollte. Hier, wo wir es mit dem neuen Deutschen Recht zu thun haben, hier, wo wir in diesem Recht nach einem deutschen Grundprincip suchen, werden wir freilich einmal von der Entwickelung der Rechtsbegriffe

Digitized by Google

aus dem recipirten Römischen Recht heraus etwas mehr absehen, und das Grundprincip aus dem Gesetzbuche selbst heraus erklären müssen.

Ich fasse den Ausdruck „Grundprincip“ in dem in meinen früheren Schriften gebrauchten Sinne. In der Strafrechtswissenschaft mag man sich mit dem Aufsuchen von Normen begnügen, denn hier gibt es zuletzt Imperative: „du sollst nicht“, und, — was bei der unendlichen Verwirrung der Lehre von der Unterlassung immer übersehen wird — „du sollst“; diesen Imperativen tritt dann die Straffolge hinzu. Ganz anders steht es im Bürgerlichen Recht. Wo liegt denn ein Imperativ in den §§ 90 f. des Bürgerlichen Gesetzbuchs? Was Sachen sind, was vertretbar ist, was verbrauchbar ist, was wesentlicher Bestandtheil ist, wird als geltend ausgesprochen, von einer Folge ist keine Rede; ein Befehl aber, dem beim Ungehorsam nichts folgt, ist eben im Recht, wie im Leben, kein Befehl.

Darum müssen wir als letzte Grundlage im Bürgerlichen Recht die Grundprincipien aufsuchen, die den Paragraphen zu Grunde liegen; mich selbst führte zu dieser Betrachtung meine Lehre von den positiven Instituten; neben dem Vertragsrecht, das der Vertragswille erklärt, neben dem Recht der unerlaubten Handlungen, das die Schuld motivirt, neben dem Familienrecht und dem Erbrecht, das allgemein menschliche Grundsätze je nach der nationalen Anschauung leiten, stehen die Quasidelicte, Quasicontracte, und andere Waisenkinder, denen man bald im Vertragsrecht, bald im Schuldrecht ein Heim bieten wollte, ohne sie irgendwo recht heimisch werden zu lassen. Ich habe diese ganze Gruppe unter dem Recht der positiven Institute zusammengefasst; kein Vertrag, keine Schuld kann sie erklären, das Grundprincip ist das Herz, von dem aus das Lebensblut ihre Adern durchströmt. So ist es bei der *negotiorum gestio* die *utilitas absentium* neben der *utilitas absentis*, die sie erklärt; und bei den Testamentsvollstreckern, die ja auch kein Vertrag bindet, ist es die deutsche Treue der Salmannen über den Tod hinaus, die uns allein das Institut verstehen lehrt. Ich will es hier bei dem Hinweis auf die beiden von mir eingehend behandelten positiven Institute bewenden lassen.

Digitized by Google

Schwerer, viel schwerer wird es sein, für eine bestimmte nationale Gesetzgebung für eine ganze Gruppe, für die Verträge, für das Familienrecht, Grundprincipien aufzusuchen; noch schwerer, ein Grundprincip zu finden, welches dem gesammten Recht zu Grunde liegt. Doch kommt uns in unserem Falle das Gesetzbuch selbst entgegen, indem es an den verschiedensten Stellen die „Billigkeit“ nennt und betont, also ein Princip anführt, dass hinter den Paragraphen steht. Auch hier aber müssen wir uns bescheiden, dass wir bei dem noch nicht geltenden Recht nur die Wege andeuten, die es gehen kann, und die wir führerlos suchen; ob dann der Verkehr und die Praxis, mit denen das „Recht“ selbst ja erst wird — denn das Gesetzbuch ist nicht das Recht — neben diesen Wegen vielleicht andere findet, müssen wir abwarten.

§ 2.

Der Begriff der Billigkeit im Allgemeinen.

Die allgemeinste Betrachtung ist die philosophische. Unter den Philosophen meint Kant: „Der Sinnspruch der Billigkeit ist nun zwar: das strengste Recht ist das grösste Unrecht; aber diesem Uebel ist auf dem Wege Rechtens nicht abzuhelfen, ob es gleich eine Rechtsforderung betrifft, weil diese für das Gewissensgericht *(forum poli)* allein gehört, dagegen jede Frage Rechtens vor das Bürgerliche Recht *(forum soli)* gezogen werden muss.“ Kant leugnet, dass jemand Billigkeit als Recht fordern könne, weil die für den Richter erforderlichen Bedingungen mangeln sollen, nach welchen dieser bestimmen könnte, wie viel, oder auf welche Art dem Anspruch desselben Genüge gethan werden könne.

Er führt ein wundersames Beispiel an: „der Hausdiener, dem sein bis zu Ende des Jahres laufender Lohn in einer binnen der Zeit verschlechterten Münzsorte bezahlt wird, womit er das nicht ausrichten kann, was er bei Schliessung des Contractes sich dafür anschaffen konnte, kann bei gleichem Zahlwerth, aber ungleichem Geldwerth, sich nicht auf sein Recht berufen, desshalb schadlos gehalten zu werden, sondern nur die Billigkeit zum Grund anrufen (eine stumme Gottheit,

Digitized by Google

die nicht gehört werden kann): weil nichts hierüber im Contracte bestimmt war, ein Richter aber nach unbestimmten Bedingungen nicht sprechen kann. (Cf. Metaphysik der Sitten, erster Theil, Rechtslehre, Anhang zur Einleitung, I, die Billigkeit.)

Es leuchtet ein, dass wir heut diese Anschauung nie mehr theilen; wir brauchen keinen „Gerichtshof der Billigkeit", den es allerdings nicht neben dem Richter geben kann, sondern jeder Richter richtet nach Recht und Billigkeit. Nicht durch die Lehren anderer Philosophen werde ich diesen meinen Satz stützen, sondern durch die Geschichte des Rechts. Wir haben den Begriff der *aequitas*, der Billigkeit, aus dem Römischen Rechte recipirt; ich verweise auf mein Buch „Recht und Rechtsquellen" S. 54 f. Ich citirte damals noch die 5. Auflage von Windscheid's Pandekten und will jetzt auf des Verstorbenen Stellung in der 7. Auflage zurückkommen. Windscheid sagt: Billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht, d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes diejenige Berücksichtigung findet, welches seine Natur fordert. Ich schliesse mich dieser richtigen Definition durchaus an. *Jus aequum* ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht. (Pand. § 28 S. 65 f.). Für eine eingehende Römischrechtliche Studie ist hier nicht der Raum; ich kann die Lehre nur kurz streifen. Die Pandecten beginnen mit dem Satz: *ius est ars boni et aequi.* Die Juristen sind Priester, denn „sie pflegen die Gerechtigkeit, sie lehren die Erkenntniss des Rechten und Billigen." Und l. 90 *D. de R. J.* 50, 17 sagt, dass überall, am meisten aber im Rechte, die Billigkeit berücksichtigt werden müsse. Ja eine Codexstelle (*l.* 8 *C. de iud.* 3, 1) lehrt sogar, dass in allen Dingen die Rücksicht auf die Gerechtigkeit und Billigkeit höher stehe, als die auf das strenge Recht. Ich kann daher gegen Windscheid Bekker (Actionen II S. 270 Note 2) nicht Unrecht geben, wenn er das Recht der Billigkeit das „Idealrecht" nennt, da nach Windscheid selbst das strenge

Digitized by Google

Recht in irgend einer Beziehung den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist. Er selbst nennt ja weiter die Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht eines jeden Volkes zu streben hat. Nicht die Billigkeit ist ein unbestimmter Begriff, wie Windscheid meint, sondern es ist unmöglich, losgelöst von Geschichte und Nation philosophisch diesen Begriff zu finden. Das Rechtsbewusstsein der Nation füllt erst den Begriff aus. Windscheid sagt mit Recht, dass, bevor eine Rechtsquelle die Aussprüche der Billigkeit anerkannt hat, die Billigkeit eben nicht Recht ist, denn nur die Rechtsquelle, Gesetz und Gewohnheit, können Recht setzen, die Billigkeit ist keine dritte Rechtsquelle, und der Richter würde irren, der das positive Recht zu Gunsten einer Billigkeit ohne eine Norm hintansetzen wollte. Im Römischen Recht hat sich in *l.* 1. *C. de legib.* 1, 14 der Gesetzgeber das Recht vorbehalten, die Normen der Billigkeit zu geben; allein in anderen, so in den oben citirten Stellen, ist ja doch die Billigkeit als solche allgemein anerkannt; Ausflüsse der allgemeinen Zulassung sind u. A. *de l.* 32 *D. de pec.* 15, 1 und *l.* 2 § 5 *D. de aqua et aquae* 39, 3; obwohl dort Gesetze fehlen, werden Forderungen von der Billigkeit aufgestellt. Eben in der allgemeinen Anerkennung der Billigkeit lag die freie Stellung der Römischen Juristen, und das Genie der Römer brachte es mit sich, dass sie in dieser Freiheit nicht die Entbindung von allen Regeln sahen, so dass sie ihnen nie gefährlich werden konnte (Windscheid A. 4 zu § 28).

Die Anerkennung der Billigkeit kann auch in der Anerkennung ganzer, billiger Rechtsinstitute bestehen, die natürlich dann nach billigen Grundsätzen ausgelegt werden müssen. Das ist wohl auch von Windscheid mit den sonst etwas dunklen Worten gemeint, dass eine genaue Erforschung des wahren Gehalts des positiven Rechts sehr häufig dem Richter die dem ersten Blick sich verbergende Möglichkeit gewähren werde, die Ansprüche der Billigkeit mit den eigenen Mitteln des Rechts zu befriedigen.

Wir, die wir im neuen Recht nicht eine Fülle von Rechtsfällen, sondern Paragraphen erhalten, müssen vom Gesetzgeber fordern, dass er die Billigkeit im Allgemeinen und

Digitized by Google

im Besonderen zum Ausdruck bringe, wenn wir sie anwenden sollen. Derartige Aeusserungen des Gesetzgebers kommen sogar im Römischen Rechte[1]) vor, so in *l.* 91 § 3 *D. d. V. O.* 45, 1. Im Deutschen Gesetzbuch werden wir zahlreichen Verweisungen auf die Billigkeit begegnen, und werden darin, dass sie diese nach Kant stumme Gottheit zum Reden brachte, gerade einen der grössten Vorzüge der Deutschen Gesetzgebung erblicken.

§ 3.

Der Begriff der Billigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Wie Leist, l. c., um dem Begriffe der *aequitas* im Römischen Rechte nahe zu kommen, den Weg wählte, dass er alle Stellen des *corpus iuris*, die von *aequitas* sprechen, prüfte, so müssen auch wir, um den Begriff der Billigkeit in unserem Gesetzbuch zu umgrenzen, alle Paragraphen prüfen, die dieses Wort oder ein verwandtes erwähnen.

Die Billigkeit wird erwähnt an folgenden Stellen:

1. Die Volljährigkeitserklärung soll nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert (§ 5).

2. Dem Verein kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er das Gemeinwohl gefährdet (§ 43).

3. Ist die Erfüllung des Stiftungszweckes unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben (§ 87).

4. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157).

5. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachtheil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten. Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vortheil er

---

[1]) cf. andere Stellen bei Leist „Die realen Grundlagen" etc. Seite 209—243 und zu dem Thema überhaupt meine Abhandlung „Recht und Rechtsquellen" § 16: Die Elemente des Rechts.

Digitized by Google

gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt (§ 157, 162).

6. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen (§ 226).

7. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242).

8. Soll die Leistung durch einen der Vertragsschliessenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu stellen ist (§ 315). Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Theil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urtheil getroffen (§ 315).

9. Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist (§ 317).

10. Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschliessenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil (§ 319).

11. Ist von der einen Seite theilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnissmässiger Geringfügigkeit des rückständigen Theiles, gegen Treu und Glauben verstossen würde (§ 320).

12. Haben mehrere zu dem Erfolge (der Auslobung) mitgewirkt, für den die Belohnung ausgesetzt ist, so hat der Auslobende die Belohnung unter Berücksichtigung des Antheils eines jeden an dem Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu vertheilen. Die Vertheilung ist nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; sie erfolgt in einem solchen Fall durch Urtheil (§ 660).

13. Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der

Digitized by Google

Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat (§ 815).

14. Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten verlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Betheiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf (§ 829).

15. Soweit eine diesen Vorschriften (§ 920) entsprechende Bestimmung der Grenze zu einem Ergebnisse führt, das mit den ermittelten Umständen, insbesondere mit der feststehenden Grösse der Grundstücke nicht übereinstimmt, ist die Grenze so zu ziehen, wie es unter Berücksichtigung dieser Umstände der Billigkeit entspricht (§ 920).

16. Hat die (gefundene) Sache nur für den Empfangsberechtigten einen Werth, so ist der Finderlohn nach billigem Ermessen zu bestimmen (971).

17. Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einen sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstücke dergestalt zusammen, dass die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen (1029).

18. Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen (§ 1300).

19. Die Unterhaltungspflicht des Mannes fällt weg oder beschränkt sich auf die Zahlung eines Beitrags, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse, sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten der Billigkeit entspricht.

Digitized by Google

Diese Stellen geben den Begriff der Billigkeit, wie ihn bereits Windscheid aufstellt, aber zum Vortheil des Rechts weiter specificirt, wenn sie auch mit Recht die Definition, die ich nannte, selbst nicht geben.

Die in der Windscheid'schen Definition genannte Berücksichtigung aller Umstände nennt z. B. Nr. 12; wenn bei der Auslobung mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt haben, so ist die Belohnung nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Antheils eines Jeden an dem Erfolge unter sie zu vertheilen. In Nr. 14 meiner Beispiele wird ebenfalls von den Umständen und den Verhältnissen der Betheiligten gesprochen und eine Berücksichtigung besonderer Pflichten derselben verlangt. Auch die Grenzbestimmung des § 920 regelt die Grenze so, wie es unter Berücksichtigung bestimmter Umstände der Billigkeit entspricht. In Nr. 17 kann bei Collision von Grunddienstbarkeiten jeder die Interessen Aller nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung fordern, und muss diese eben die Umstände Aller berücksichtigen. In Nr. 19 hat die Billigkeit auf die Bedürfnisse, die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten Rücksicht zu nehmen.

Daraus folgt, dass wir auch in den Fällen, wo blos von billigem Ermessen gesprochen wird, die gleiche Definition der Billigkeit unterstellen müssen, so in den Fällen unter Nr. 8, 9, 10, 16, 18. Das Gesetzbuch nimmt im Uebrigen an, dass die Billigkeit von einem Nichtrichter erkannt, und dass sie mehr oder minder offenbar sein könne; ist die Entscheidung des Laien offenbar unbillig, so entscheidet der Richter; lässt sich also über billig und unbillig noch streiten, sagt nicht das natürliche Rechtsgefühl, dass Umstände gröblich unberücksichtigt geblieben sind, so bleibt die Entscheidung des Laien bestehen, und der Richter hat sie, wenn er angerufen wird, einfach auf Kosten des Klägers zu bestätigen, wie etwa eine Vorinstanz; cf. Nr. 8, 10, 12.

Interessant ist eine Nachforschung nach den Grundsätzen, nach welchen im Gesetzbuch die Billigkeit im Recht zu Worte kommen darf. Mit der allgemeinen Römischen Regel ist, wie erwähnt, bei uns gar nichts anzufangen; Windscheid sagt

Digitized by Google

mit Recht, dass der, welcher den Richter im Interesse der Billigkeitssprüche von allen Regeln entbinden wolle, nicht dazu beitragen werde, dass die dem Richter so unentbehrliche Freiheit der Bewegung zur allgemeinen Anerkennung gelange (A. 4 zu § 28), und dass auch in der allgemeinen Berücksichtigung der individuellen Unterschiede nicht das Wesen der Billigkeit bestehen könne, weil es ebenso unbillig sein könne, dass ein individueller Unterschied berücksichtigt werde (A. 1 l. c.).

Aber auch Windscheids Definition genügt nur für die freie Rechtsfindung nach Römischem Recht, nicht aber für ein Gesetzbuch, denn Windscheid sagt selbst, dass zunächst erst eine Rechtsquelle die Billigkeit anerkannt haben müsse. Diese Rechtsquelle ist für mich jetzt das Gesetz, da das Recht noch nicht in Kraft ist und ein Gewohnheitsrecht noch nicht besteht. Dieses Gesetz ordnet nun an, dass die Billigkeit dann entscheide, wenn bei einer Collusion von Rechten strenges Recht gar nicht entscheiden kann, weil es keine Norm findet. Dass dieser mein Grundsatz richtig ist, beweisen Nr. 8, 12, 14, 15, 17. Die Billigkeit entscheidet darüber, wenn das strenge Recht die Geldfrage nicht wohl entscheiden kann, so z. B. bei Entschädigung einer geschwängerten Verlobten, und in dem Fall, wo die reiche Frau die Unterstützung des armen Gatten nicht mehr bedarf (Nr. 18, 19). Weiter tritt billiges Ermessen ein, wenn die richterliche Entscheidung zunächst nicht statt hat, sondern der Laie bestimmen soll. Ich nenne die Fälle unter Nr. 8, 9, 10; hieher gehört auch der Fall unter Nr. 16, wenn nur dem Empfangsberechtigten der Werth der gefundenen Sache gilt, so hat er nach billigem Ermessen den Finderlohn zu bestimmen, bestimmt er unbillig, so entscheidet der Richter.

Ein Weiteres lässt sich aus dem Gesetz über die Anwendung der Billigkeit nicht entnehmen; ein ganz allgemeiner Grundsatz, Recht nicht unbillig auszuüben, wird nur unter Nr. 6 gegeben, die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen. Die Billigkeit wird hier nicht genannt, aber das strenge Recht wird allgemein da ausgeschlossen, wo Hass und Gemeinheit allein Zweck sind, und damit ist ein Grundsatz der

Digitized by Google

Billigkeit allgemein anerkannt, der unserm Recht Ehre macht, denn der Praktiker weiss ja nur zu gut, dass der „Kampf ums Recht“ oft nur ein leerer Schall ist; er bewundert nicht immer den Bauer, der starr sein Recht verfolgt, sondern er erkennt oft in seinem Processtreiben nur Hass und Rache, wie auch jeder Staatsanwalt weiss, dass Denuncianten oft nicht das Recht schützen, sondern sich rächen wollen. Im Civilrecht nun soll diese Rechtsverfolgung aufhören, und es wird Sache des Richters sein, diesen Satz frei zu interpretiren und künftig rein chikanöse und zwecklose Processe einfach mit § 226 *a limine* abzuweisen.

Zur Normirung der Billigkeit gehören auch die Normen, welche die Berücksichtigung von Treu und Glauben fordern, denn auch hier wird Rücksichtnahme auf Umstände verlangt, die nach strengem Recht nicht ermessen werden können. Zunächst sind alle Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Einem Deutschen Institut, der Mannentreue, getreu, hat der Gesetzgeber den Grundsatz in den Vordergrund der Verträge gestellt, dass anzunehmen ist, dass jede Partei ihr Wort hält und dem Worte des Andern traut, dass aber auch dieser Treue und diesem Glauben jede Arglist, jede versteckte Gemeinheit, jede Unbilligkeit fern liegt. Dieselbe Forderung wird dem Schuldner in Nr. 7 gestellt. Bei der Lehre der Bedingungen, deren Eintritt der Wille treulos herbeiführen oder hindern kann, entscheidet Treu und Glauben, d. h. die deutsche Vertragstreue und das deutsche Vertrauen, Dinge, für die wir im Römischen Recht das deckende Wort nicht finden. Auch in dem Falle Nr. 11 entscheidet Treu und Glauben, und tritt hier die Verwandtschaft mit der Billigkeit insofern klar zu Tage, als auch hier von der Berücksichtigung aller Umstände die Rede ist. Der Fall unter Nr. 13 erinnert an den Fall unter Nr. 5. An der Grenze der Lehre der Billigkeit stehen die Fälle Nr. 1, 2, 3; hier soll auf das Beste des Minderjährigen, auf das Gemeinwohl Rücksicht genommen werden, Umstände, die im strengen Recht ohne Weiteres, d. h. ohne Norm, nicht berücksichtigt werden können.

Digitized by Google

§ 4.

Weitere Normen der Billigkeit im bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Berücksichtigung besonderer Momente, die mehr dem Reiche der Sittlichkeit, als dem Recht angehören, und die daher befohlen werden muss, um billige Entscheidungen herbeizuführen, ist u. A. noch an folgenden Stellen angeordnet.

Die sittlichen Pflichten sind zu berücksichtigen nach §§ 618, beim Gesinderecht, 814, bei der ungerechtfertigten Bereicherung, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder dem Anstand entsprach, 817, 819, 826, welche auf die „guten Sitten“ Bezug nehmen; ebenso spricht § 1641 von Rücksicht auf sittliche Pflicht und Anstand, wie auch § 1804.

Der Billigkeit gehört auch der Grundsatz an, dass Kleines und Unerhebliches nicht berücksichtigt werden soll, während das strenge Recht hierauf keine Rücksicht nimmt. Ich nenne hier § 459, § 542 (Kauf und Miethe), mit denen eine grosse Anzahl chikanöser Processe, die nur dem Hass entstammen, *a limine* abgewiesen werden können; auch die besondere Normirung der Sachen unter 3 Mark beim Fund in § 965 entspricht diesem Grundsatz der Billigkeit; und wie segensreich ist die Bestimmung, dass der so folgenschwere Offenbarungseid des § 259 in Angelegenheiten von geringer Bedeutung nicht zu fordern ist. Wie wenig weit man hier mit der allgemeinen, nicht normirten Billigkeit kommen würde, zeigt der Umstand, dass dem Armen, für den „die Angelegenheit von geringer Bedeutung“ wichtig ist, nach laxen, uncontrollirbaren Billigkeitsansichten „eines höheren Rechts“ gerade dieser Kampf ums Recht gestattet werden könnte. Dem beugt das Recht im allgemeinen Interesse vor. Es unterscheiden sich aber alle diese Fälle bedeutend von den im vorigen Paragraphen genannten Fällen, wo der Richter, oder erst die Partei, und wenn diese unbillig ist, dann der Richter nach der Billigkeit ohne Weiteres entscheiden soll. Wir haben es hier mit Erwägungen über die Billigkeit des Gesetzgebers zu thun und die Frage zu prüfen, inwiefern dieser billige, d. h. unbedingt alle Umstände umfassende Normen aufgestellt hat.

Digitized by Google

Billigkeit, nach der der Richter zu entscheiden hat, und Billigkeit, die den Normen des Gesetzgebers zu Grunde liegt, das sind die beiden Erscheinungsformen, unter denen die stumme Gottheit Kants sich verwirklicht hat und im Deutschen Recht spricht. Die Billigkeit ist nicht Recht, bevor sie eine Rechtsquelle anerkannt hat, aber die Rechtsquelle kann sie anerkennen, einmal, indem sie den Richter im einzelnen Falle darauf verweist, dann, indem sie selbst bei der Satzung ihrer Normen sie berücksichtigt. Der letzte Fall führt uns zuletzt zu einer höheren Vereinigung, indem wir ja auch fragen müssen, aus welchen billigen Gründen gab der Gesetzgeber der Partei oder dem Richter das Recht, nach der Billigkeit zu entscheiden? Ich habe die Gründe genannt: Unlösbarkeit confundirter Rechte, Unschätzbarkeit idealer Werthe, Beschränkung der entscheidenden Willkür der Partei oder des Dritten etc. Die Zulassung der Entscheidung nach Billigkeit im Allgemeinen wäre die Vernichtung von Recht und Ordnung in der Welt, denn die Billigkeit ist Feind der strengen Regel, die wir brauchen, während ja die Billigkeit des Gesetzgebers, die normirende Billigkeit, gerade Regeln gibt.

Die beiden Arten der Billigkeit werden angedeutet bei Ihering, Zweck im Recht I. S. 354 ff. Nur wird dort die Definition der Billigkeit ganz falsch gegeben, das „Gleichgewicht zwischen Verdienst und Lohn“ sagt uns im Einzelnen ganz und gar nichts. Freilich dehnt Ihering dann dieses Gleichgewicht in ein sociales und ethisches aus, allein mir fehlen bei seiner Definition alle festen Handhaben für praktische Entscheidungen der Fälle. —

Es stellt sich nun heraus, dass wir betreffs der normirenden Billigkeit wenig Resultate finden, wenn wir das Recht in seiner Gesammtheit auf die Normen der Billigkeit hin prüfen. Es lassen sich nämlich da, wo der Gesetzgeber nicht die Entscheidung der Billigkeit dem Richter anheim gibt, keine einheitlichen Grundprincipien finden, weil die gesetzgeberische Billigkeit je nach dem Charakter des betreffenden Rechtsinstituts eine verschiedene sein muss. So ist z. B. die Norm, welche beim Zurückbehaltungsrecht dieses negirt, wenn

Digitized by Google

der Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt ist (§ 273), nur im Lichte des betreffenden Instituts zu erklären, und würde uns die Bezugnahme auf § 393, wonach es gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung keine Aufrechnung gibt nicht zur Aufstellung einer allgemeinen Billigkeitsnorm führen; so geht das Billigkeitsmotiv, wonach bei Anfechtung der Ehe das Wesen der Ehe vollständig gewürdigt werden soll (§ 1334) nicht über das Eherecht hinaus. Unser Weg zur Erforschung der Billigkeit vom Standpunkt des Gesetzgebers aus, muss von Institut zu Institut gehen, anderenfalls wir uns in unfruchtbare Allgemeinheiten verlieren würden.

Auch Bekker erkennt, wie Windscheid hervorhebt, ein Idealrecht der Billigkeit als wirkliches Recht nicht an, er nennt die *aequitas* die gegenwärtige Volksüberzeugung, unser Idealrecht, was Positivrecht werden sollte, wenn es das noch nicht wäre; Actionen II, S. 270 f.

Im Gegensatz dazu meint Schlossmann im „Vertrage" (S. 186) der Imperativ des Rechts sei: die Gerechtigkeit soll verwirklicht werden, und führt dies in dem Kapitel: „Das Rechtsgefühl als Rechtsquelle" (S. 193 f.) weiter aus. Ich weiche von Bekker, von Schlossmann, aber auch von Windscheid für das Bürgerliche Gesetzbuch wesentlich ab: ich sage, die Billigkeit ist vom Richter zu hören, wo das Gesetz ganz ausdrücklich verweist, so in den Fällen Nr. 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19 des § 3. Ich würde im strengen Sinne davon sogar die Fälle scheiden, wo das Beste (1) das Gemeinwohl, (2, 3) Treu und Glauben (4, 5, 7, 11, 13) vom Richter gehört werden sollen, so nahe verwandt sie der Billigkeit sind.

In den Fällen meines § 3, wie ich sie hier citirt habe, steht die Entscheidung nach der Billigkeit darum neben dem Gesetz und der Gewohnheit, weil z. B. in § 8 der Vertragsschliessende selbst die Norm geben soll, in Nr. 9, 10 ein Dritter entscheiden soll, in Nr. 12 die Normen in Folge der Concurrenz Mehrerer bei der Ausloosung nicht genügen, in Nr. 14 der Schaden eine Normirung fordert, die das Gesetz zu eng geben musste, in Nr. 15 ebenfalls Umstände erst die

Digitized by Google

Normirung geben können, in Nr. 16 wieder ein Betheiligter Werthe bestimmt, nicht der Richter, in Nr. 17 Rechtscollusion Normentscheidung unmöglich macht, in Nr. 18 der Schaden vom Gesetz zu eng normirt werden würde, in Nr. 19 ebenfalls gesetzliche Normirung zu eng wäre. Hier wird also in der That künftig nicht nach Gesetz und Gewohnheit, sondern nach der Billigkeit vom Richter entschieden.

In allen anderen Fällen gilt die festgesetzte Rechtsnorm. Doch hat der Richter auch hier billig zu entscheiden, indem er den Intentionen des Gesetzgebers folgt.

Der Richter hat hier nicht, wie in den Fällen wo er direct darauf verwiesen wird, frei vom Gesetz das Billige zu finden, vom Gesetz zu abstrahiren, im Gegentheil, er hat das Gesetz und nur das Gesetz anzuwenden, und dabei zu untersuchen, inwiefern der Gesetzgeber allen Verhältnissen gerecht werden, d. h. billig normiren will. Auf Grund dieser Billigkeit hat er den einzelnen Fall dann zu entscheiden. Diese Entscheidung wird verschieden lauten, je nachdem die Normen des betreffenden Rechtsgebietes und das Grundprincip des Rechtsinstituts der Billigkeit Raum lassen. In einem strengen Wechselrecht gibt es z. B. keine Billigkeit; wohl aber ist sie z. B. bei der Feststellung eines *negotium utiliter gestum* oder bei einem Eherecht zu beachten, das principiell die Ehe aufrecht erhalten will. Es ist darum das System des Rechts in seine einzelnen Bestandtheile und Grundgedanken zu zerlegen. Diese Erwägung hat mich seiner Zeit zur Abtrennung des Rechts der positiven Institute geführt, und halte ich diese Abtrennung jetzt erst recht fest, da sie das Gesetzbuch leider nicht äusserlich zum Ausdruck bringt.

§ 5.

Das Recht der positiven Institute.

Wie ich seiner Zeit in „Recht und Rechtsquellen“ S. 190 ausgeführt habe, entstammt das Bedürfniss nach der Abtrennung der positiven Institute zunächst der Erkenntniss, dass mit den Quasicontracten und Quasidelicten nichts anzufangen ist, denn aus einer selbst geschaffenen Fiction kann man nicht

construiren, man kann nicht sagen: weil wir fingiren, dass ein Auftrag besteht, gelten die Lehren vom Auftrag bei der *negotiorum gestio.* Es kann sich dann der Rechtsforscher der Erkenntniss nicht verschliessen, dass trotz der Jahrhunderte lang gewohnten Eintheilung, neben dem Recht der Verträge, neben dem Recht der unerlaubten Handlungen, neben dem Sachenrecht, dem Familienrecht und dem Erbrecht noch eine besondere Rechtsgruppe existirt. Das neue Gesetzbuch scheint dies zu fühlen, und fasst diese Gruppe mit den Verträgen und dem Recht der unerlaubten Handlungen unter dem „Recht der Schuldverhältnisse“ zusammen. Allein diese Bezeichnung ist viel zu nichtssagend, als nur irgend einen Anhalt zu gewähren, und wenn man meiner Eintheilung vor Jahren einmal vorwarf, es sei: „eine bunte Reihe“, nun so erscheint im „Recht der Schuldverhältnisse“ eine Reihe, der jeder Zusammenhang fehlt, denn das Recht der Delicte und der Verträge hat gar nichts gemein.

Es scheiden aus der alten Ordnung aus und es treten unter die positiven Institute folgende Rechtsinstitute:

a) Die Beschränkung der Schenkung.

b) Geschäftsführung ohne Auftrag.

c) Einbringung von Sachen bei Gastwirthen.

d) Gemeinschaft.

e) Vorlegung von Sachen.

f) Ungerechtfertigte Bereicherung.

g) Einzelne unerlaubte Handlungen, bei denen eine Schuld nicht angenommen werden kann, z. B. § 833.

Dazu treten auch noch aus dem Erbrechte die Testamentsvollstrecker; dieses alte germanische Institut normirt, dass Treue über den Tod hinaus bindet, der Salmann nimmt sein Recht weder aus einem Vertrage, denn der andere Kontrahent ist todt, noch aus dem Erbrecht, denn er ist kein Erbe.

§ 6.

Die Billigkeit und das Recht der positiven Institute.

Das Grundprincip aller positiven Institute ist die Billigkeit. Das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht fordert,

Digitized by Google

dass nicht nur der Vertragswille, nicht nur der Zwang der Sachen, nicht nur Familie und Erbe normirt werde, sondern dass auch Verhältnisse normirt werden, die thatsächlich auf Berücksichtigung Anspruch machen, obwohl keines der anderen Systeme sie normirt. Hier liegt so recht eine Aufgabe des Gesetzgebers vor, da das Gewohnheitsrecht bei diesen über dem Individualinteresse liegenden Instituten wenig schaffende Kraft besitzt.

Jedes einzelne positive Institut hat sein besonderes, ebenfalls auf der Billigkeit ruhendes Grundprincip.

Die Lehre von den Testamentsexecutoren ist von mir auf Grund des neuen Gesetzbuchs behandelt worden, ich will an dieser Stelle nun das *negotium utiliter gestum* nach unserm neuen Recht construiren. Ich nehme natürlich auch hier auf meine, seiner Zeit von Windscheid im Ganzen anerkannte Vorarbeit: das *negotium utiliter gestum*, 1878, Bezug. Nach Römischem Recht war es als positives Institut auf die *utilitas absentium* und die *utilitas absentis* quellenmässig zu gründen, die Wechselwirkung zwischen dem Gesammtinteresse und dem Interesse des Einzelnen kam in ihm zum Ausdruck. Wenn ich damals (1878) im Vorwort behauptete, dass die von den Römern aufgestellten Rechtssätze für die moderne Gesetzgebung wie für alle Zeiten massgebend bleiben sollten, weil die *utilitas absentium* und die *utilitas absentis* zu allen Zeiten die gleichen Anforderungen stellt, so wird diese Behauptung heut (1897) an dem modernen Recht zu prüfen sein.

Einer sachlichen Widerlegung meiner Römischrechtlichen Construction bin ich nicht begegnet. Und so hoffe ich auch für das neue Recht hier auf den alten Grundlagen weiterbauen zu dürfen.

Digitized by Google

Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 7.

Das Grundprincip der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Während früher die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht als positives Institut erkannt wurde, dessen Lebensnerv ein vom Gesetzgeber direct und indirect zum Ausdruck gebrachtes Grundprincip ist, sondern als Vertrag bez. Quasi-Contract durch eine unfruchtbare Fiction construirt wurde, ist endlich einmal in dem Protocoll der Commission für das Bürgerliche Gesetzbuch vom 29. November 1892 klar ausgesprochen worden, dass Quasicontrakte in der Praxis wie in der Wissenschaft heut nicht mehr anerkannt werden. Der § 756 des Entwurfs der ersten Lesung, welcher normirt, dass auf den dem *gestor* zustehenden Anspruch die Geschäftsunfähigkeit oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Herrn ohne Einfluss sei, ist nämlich mit der Begründung gestrichen, „die Vorschrift wende sich gegen eine, mit der Auffassung der Geschäftsführung als eines Quasicontractes zusammenhängende, der inneren Begründung entbehrende Vorschrift des Römischen Rechts.“

„Der Entwurf kenne keine Quasicontracte, und das Missverständniss könne nicht entstehen. Niemand werde im Zweifel sein, dass der Geschäftsherr nicht durch die Thatsache, dass sein Geschäft von einem Anderen besorgt werde, diesem gegenüber eine Willenserklärung abgebe“. Die Motive zum Entwurfe Band 2 Seite 865 verweisen für das Römische Recht auf Windscheid § 430 Note 24, und fügen hinzu, die moderne Gesetzgebung habe diese Beschränkung mit Recht aufgegeben, die Verpflichtung des Geschäftsherrn sei von seinem Willen unabhängig, es sei daher unerheblich, ob er geschäftsunfähig sei. Beide Begründungen sind in allen ihren Theilen verfehlt. Windscheid nimmt an der citirten Stelle auf keine Quasi-

Digitized by Google

contractsconstruction Bezug, und das Römische Recht hat zwar um der Eintheilung halber Quasicontracte aufgestellt, aber daraus niemals construirt, wohlerkennend, dass man aus einer Fiction, aus einem Schein, nie Wahres ableiten kann. Brinz sieht den Grund der beschränkten Haftung hier darin, dass hier der Tutor (*cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt*) umgangen ist, und dass nicht *pupilli*, sondern *tutoris contemplatione* gehandelt ist. Ich habe in meinem Gegenentwurf (Beiträge zum Römischen Recht unter Berücksichtigung des Entwurfs, 1891, S. 25 ff.) in § 6 die römische Regel aufgenommen, dass handlungsunfähige Geschäftsherrn nur für Bereicherung haften, und die Gründe in § 7 Seite 31 genannt. Es kommt ja nur darauf an, dass jemand schliessen kann, wie der *dominus* gewollt hätte; der geschäftsunfähige *dominus* kann nicht handeln; wie soll der, der keine Geschäfte schliessen kann, dazu kommen, das Risico einer erfolglosen Geschäftsführung tragen zu müssen? Diese Erwägung stelle ich neben die von Brinz genannten Gründe.

Nach unserem positiven Recht wird aber natürlich künftig die Beschränkung wegfallen; die Gefahren, die etwa den *domini* daraus entstehen, werden in der Praxis wohl dadurch gemindert, dass in diesen Fällen ein Vormund da ist, und die Uebernahme der *gestio* neben dem Vormund selten im Interesse des Geschäftsunfähigen liegen wird.

Wir haben gesehen, dass die Abneigung gegen Quasicontracte nach den Protocollen eine so grosse ist, dass man einen recht unpraktischen Paragraphen zuerst schuf, um vermeintlich jede Anlehnung an die alte Lehre zu meiden, und dass man diesen Paragraphen dann strich, weil jene alte Lehre jetzt nicht mehr der Erwähnung werth sei. Wir leben in der Wissenschaft rasch; noch in meinem *negotium utiliter gestum* 1878 und in Recht und Rechtsquellen 1883 hatte ich mich gegen dieses Construiren aus Fictionen zu wenden; ja gegen Ruhstrat, der kühn das „Interesse des Herrn an die Stelle der Willenserklärung“ setzt und wie aus dem Mandat construirt, hatte ich eine eigene „Abwehr“ 1882 zu schreiben (cf. „das Grundprincip der *negotiorum gestio*“ etc., insbesondere S. 14, 15). Jetzt wird nach den Protocollen über die damals

Digitized by Google

von mir immer wieder bekämpften Irrthümer „Niemand in Zweifel sein“.

Bei der gewaltigen Wirkung, welche die Römische Geneigtheit, alle Entstehungsgründe der Obligationen auf die Analogie der beiden normalen Arten derselben, *contractus* und *delicta*, durch Vergleichung zurückzuführen, bei dem grossen Reichthum der Literatur, welche sich mit dieser Analogie bebeschäftigt (cf. unter Anderen Bekker Action. Kap. VI, Pernice Labeo S. 419, 4, 5), kann es nicht Wunder nehmen, dass im gemeinen Rechte die Verwerfung der Eintheilung schwer erreicht worden wäre, wie ich dieselbe angestrebt habe, und dass auch jetzt, wo man Quasicontracte „nicht kennt“, die positiven Institute doch nicht zusammen stehen. Dagegen hat man indirect bei der Behandlung der *negotiorum gestio* jetzt anerkannt, dass nach den Aufgaben der Fiction nun das Grundprincip zu suchen ist, aus welchem das Institut construirt worden ist. Heute noch wie einst und wie künftig ist die Frage nach dem Grundprincip, die Frage darnach, wesshalb denn ein *dominus* haftet, auch wenn der Erfolg der *gestio* fehlt und er nicht bereichert ist, die Frage nach der Bedeutung das *negotium utiliter gestum*, *utiliter coeptum*, die Hauptfrage, und hängt von ihrer Beantwortung der ganze Ausbau des Instituts ab. In der Commissionssitzung für die zweite Lesung vom 29. November 1892 wurde daher mit Recht der § 753 des alten Entwurfs am eingehendsten berathen. Mit Recht wird ausgeführt, dass der Entwurf die Frage nach Ersatz bei fehlendem Erfolg im Anschluss an die für das gemeine Recht von Windscheid (Pand. II § 430 not. 17 und 21) aufgestellte, wohl als herrschend anzusehende Ansicht zu Gunsten des Herrn entschieden habe; die Ansprüche des Gestors sollen davon abhängig sein, dass das Eingreifen in die Geschäfte eines Anderen, sowie die Art und Weise der Geschäftsbesorgung den wirklichen, nicht blos den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren Absichten des Herrn entsprochen hat. Indem die Commission die Windscheid'schen Anmerkungen 17 und 21 Seite 567, 569 der 7. Auflage citirt, citirt sie die von mir für das gemeine Recht aufgestellte, dort genannte, strengste subjective

Digitized by Google

Construction mit. Ich habe früher ausgeführt, dass auch die „Sorgfalt“ des Gestors doch nur aus einzelnen Geschäften bestehe, und dass daher der Gestor diejenige Sorgfalt aufzuwenden habe, welche der Herr vermuthlich angewandt haben würde. Windscheid wies diese äusserste, von mir allein gezogene subjective Consequenz trotz der citirten Stellen ab, und nach nochmaliger Prüfung derselben (Windscheid *l. c.* § 430 Anm. 5) habe ich dann an der ebenfalls von Windscheid citirten Stelle (Grundprincip S. 23 f.) diese „allzu scrupulöse Consequenz“ in dieser Schärfe nicht mehr gezogen, sondern es dabei bewunden lassen, dass der Gestor entschuldigt ist, wenn er die Art und Weise befolgt habe, in welcher der Herr mit seinem Vermögen umzugehen pflege. Es wird sich für mich hier, wo ich die reiche neuere gemeinrechtliche Literatur nicht behandeln darf, nur fragen, in wie weit ich dem neuen Recht gegenüber meine streng subjective Construction noch weiter einschränken muss.

Die Anträge zu dem Entwurf ruhen nun auf einem Grundprincip und sprechen dasselbe aus, so dass ich ihrer Prüfung mein eigenes, für das gemeine Recht gefundene Grundprincip der *negotiorum gestio* am besten voran stelle; es ist das alte noch, und lautet: das Grundprincip der *negotiorum gestio* ist die *utilitas absentium*, das Interesse sämmtlicher Geschäftsherrn daran, dass ihre Angelegenheiten bei einer etwaigen Geschäftsverhinderung nicht unerledigt bleiben (§ 1 *J.* 3, 27 und *l.* 1 *D. h. t.* 3, 5). Daneben muss aber die *utilitas absentis* berücksichtigt werden; das positive Institut nimmt den Einzelnen im Interesse aller etwas, denn er muss zahlen, auch wenn der Gestor keinen Erfolg hatte; darum, im Interesse der Freiheit des Individuums wird gefordert, dass der Gestor unter Berücksichtigung aller äusseren erkennbaren Umstände so handle, wie er billigerweise schliessen musste, dass der Herr gehandelt haben würde. Da, wie im Römischen Recht durch Norm die *actiones negotiorum gestorum bonae fidei actiones* sind, heut die Ansprüche unter freiem, richterlichen Ermessen stehen, hätte ich unbedingt die Römische, subjective, tief durchdachte und sehr praktische Norm beibehalten. Indessen wird es bei einer geeigneten Auslegung ja genügen, dass das

Digitized by Google

Römische Grundprincip voll beibehalten ist. Und zwar trotz energischer Angriffe.

Es war in einem Antrag 1 verlangt, dass es genügen solle, wenn der Gestor den Umständen nach annehmen durfte, der Herr werde, wenn er befragt werden könnte, sein Verhalten billigen. Der Antrag ruhte auf einem durchaus falschen Grundprincip, welches zu alledem auch noch das Wesen des Rechts durchaus verkannte.

Die Begründung dieses Antrags ging zunächst davon aus, dass derjenige, welche ohne Auftrag ein Geschäft übernehme, dadurch eine ethische und im volkswirthschaftlichen Interesse gebotene Pflicht übernehmen. Diese Uebernahme müsse der Gesetzgeber erleichtern. Es genüge, wenn der Herr vor einer zudringlichen, möglicherweise auf selbstsüchtigem Grunde beruhenden Einmischung bewahrt bleibe. Andernfalls werde sich der Einzelne der Uebernahme enthalten, auch wenn der Eingriff durch die Nächstenliebe dringend geboten sei. — Es ist doch nun sicher, dass ethische Pflichten, Nächstenliebe nicht durch das Recht zu normiren sind; ja sie würden ihr Wesen in der Rechtsnorm verlieren, denn die Nächstenliebe ist keine, wenn sie *recipiendo animo* handelt; es bleibt im Rechtsleben wahr, dass Geschäfte der Abwesenden *„sane nemo curaturus esset“* wenn das Institut nicht wäre, denn den rechtlichen Willen, die Ausgaben wieder zu bekommen, kann man mit Erfolg ohne das Institut gar nicht haben. Da also ausserrechtliche Motive gar nicht in Betracht kommen, so ist die Erwägung ganz unerheblich. Mit Recht sagt das Protocoll „die ethische Pflicht dürfe nicht in den Vordergrund treten“. Für mich ist dieser Antrag ein Beweis dafür, wie sehr bei uns die Lehre vom Recht selbst noch im Argen liegt; diese Lehre, die sich heut von den Systemen der Philosophen abtrennt, diese rein empirische Lehre von Recht und Rechtsquellen wird als eine überflüssige Theorie von Theoretikern und Praktikern vernachlässigt, und so kann ein Antrag laut werden, der der Lehre vom Recht im Grunde widerspricht, und der mit Recht von der Commission kurz zurück gewiesen worden ist. Der Einwand des Antrags, dass der Gestor nur nach seinen eigenen

Digitized by Google

Fähigkeiten handeln könne, ist haltlos; wird doch auch vom Recht anderweit die Erreichung einer fremden Fähigkeit, wie die eines guten Hausvaters, verlangt. Die praktisch unhaltbaren Ergebnisse, die der Antragsteller fürchtet, finde ich nicht; dagegen finde ich leider am Schlusse der Begründung wiederum die irrige Rücksicht auf die „Bethätigung der Nächstenliebe"; eine Liebe, die sich bethätigt, um die Liebesgabe wiederzubekommen, ist keine. Die Mehrheit der Commission sagt mit vollem Recht „die Gemeinnützigkeit steht unter Umständen der Gemeingefährlichkeit gegenüber. Erfahrungsweise mischt sich Jemand in fremde Geschäfte häufig lediglich aus Vordringlichkeit und in dem Bestreben sich wichtig zu machen". In der That sind nunmehr alle objectiven Constructionen der *negotiorum gestio* und damit ein gut Theil der mir gegnerischen Ansichten über die *negotiorum gestio* mit guten Gründen für immer aus dem Deutschen Recht beseitigt worden.

Nur für den Fall der Gefahr, und zwar der Abwendung einer dem Herrn drohenden, dringenden Gefahr hat der Gestor nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 680 des G.B.). Hier soll er sich nach dem Protocoll nur die Frage vorlegen, ob der Herr, wenn er gefragt worden wäre, es vorgezogen haben würde, die Gefahr über sich ergehen zu lassen, als in den geplanten Eingriff zu willigen. „Soweit es sich um Abwendung von Gefahren handle, müsse der Gesetzgeber die gemeinnützige Seite der *negotiorum gestio* in den Vordergrund stellen, und davon ausgehen, dass es besser sei, wenn in ganz seltenen Fällen der Herr einmal Schaden leide, als wenn sie unterbliebe." Diese Norm entspricht meinem § 10 in dem Entwurfe der Beiträge *l. c.* S. 26, nur habe ich dort die dringende Gefahr noch schärfer definirt (wenn sonst Alles verloren gewesen wäre), da ich eben in der gemeinrechtlichen Theorie die äusserst subjective Richtung vertrat. Die Motive zum Entwurf verweisen auf Windscheid § 430 Note 6 (II. S. 858); dort nennt Windscheid den von mir genannten Fall, wenn ohne Dazwischenkunft des Gestors für den Herrn Alles verloren gewesen wäre (*l.* 3 § 9 *D. h. t.*); ich darf daher annehmen, dass vom Entwurfe meine mit citirte

Digitized by Google

Ansicht gebilligt ist; der von Windscheid genannte zweite Fall, wo der Gestor nur in der Erfüllung der Pflicht, vom Erblasser begonnene Geschäfte nicht liegen zu lassen, thätig geworden ist, fällt jetzt nur dann unter den Paragraphen, wenn diese Thätigkeit der Abwendung einer drohenden dringenden Gefahr diente, d. h. wenn sie unbedingt jetzt sofort nöthig war und man nicht auf den Herrn warten durfte, ihm z. B. auch nicht schreiben oder depeschiren konnte, falls er verreist war.

Den Beifall der Mehrheit fand ein Antrag 4, welcher dem § 683 entspricht. Danach braucht nur die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem muthmasslichen Willen des Geschäftsherrn zu entsprechen, um das *negotium utiliter coeptum* und den Ersatzanspruch auch ohne Erfolg zu geben. Der Antrag 4 folgte einem Antrage 3, der ebenfalls die subjective Seite betonte, und den Anspruch nur gab, wenn die Geschäftsführung dem Willen des Herrn entsprach, der ihn aber nur bei vorhandener Gefahr gab. Demgegenüber meinte die Mehrheit der Commission, dass auch bei nützlichen Geschäften die Lage die gleiche sei, wie wenn der Herr einen allgemeinen Auftrag ertheilt hätte und ausser Stande gewesen wäre, nähere Weisungen zu geben; die fehlenden Weisungen würden durch das pflichtmässige Ermessen des Gestors ersetzt. Die ängstlichen Erwägungen des Entwurfs würden dem Herrn, auch wenn es sich nicht um dringende Gefahr handle, eher schaden als nützen. Das Bedenken der Motive, dass es oft zweifelhaft sei, ob es sich um ein neues, oder um ein im Gange befindliches Geschäft handle, sei von untergeordneter Bedeutung. Die gleiche Frage könne sich auch bei einem allgemeinen Auftrag wiederholen. Es handle sich nicht sowohl darum, ob die fernere Thätigkeit des Führers Fortführung eines alten oder Führung eines neuen Geschäfts sei, als vielmehr darum, ob sie innerhalb des Rahmens liege, in welchem der *gestor* mit Recht den fehlenden Willen des Herrn durch sein pflichtmässiges Ermessen ersetzt habe. Der Entwurf werde, indem er ein solches Recht des Führers auch da leugne, wo die Uebernahme der Geschäftsführung durch den Herrn gebilligt sein würde, wenn er gefragt worden wäre, dem Wesen der *n. gestio* nicht gerecht.

Digitized by Google

Indem § 683 an Stelle von 753 des Entwurfs trat, ist das subjective Element allerdings auf die Uebernahme beschränkt worden. Dieser positiven Vorschrift gegenüber müssen alle theoretischen Bedenken schweigen, und müssen wir abwarten, wie sich das Institut nun in der Praxis gestaltet. Uebrigens hatte schon der Entwurf den Zusatz, dass vermuthet werde, dass der Herr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen. Im Uebrigen aber folgte der Entwurf meinem streng subjectiven Principe, wonach das Eingreifen in die Geschäfte, wie die Art und Weise der Geschäftsbesorgung dem wirklichen, nicht blos den bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkennbaren Instructionen des Herrn entsprechen musste. Ich konnte damals den Motiven des Entwurfs zustimmen, die ich für das gemeine Recht noch unterschreibe und die noch lange für die Fälle des alten Rechts gelten werden, dass es „immer eine ernste Sache bleibt, sich unberufen in die Geschäfte eines Andern zu mischen. Wer sich dazu versteht, mag sich vorsehen und alle Eventualitäten berechnen“ (Motive II. S. 862). Wenn die Protocolle den Bedenken der Motive des Entwurfs *l. c.*, dass die Unterscheidung zwischen Uebernahme und der Art und Weise der Ausführung an sich unkonsequent und unzweckmässig, und häufig zweifelhaft sein werde, inwiefern die Besorgung eines neuen, oder nur die Ausführung eines unternommenen Geschäfts vorliege, eine „untergeordnete Bedeutung“ beilegen, so irrte eben hier m. E. die Majorität. Für mich hat die genehmigte Norm die Gefahr in sich, dass die Theoretiker des neuen Rechts nun wieder doch mit Quasicontracten hier construiren werden, denn die Motive sagen mit Recht, dass der Geschäftsführer dadurch, auch wenn der Herr das Eingreifen an sich billigen müsste, doch in Ansehung der Ausführung nicht dem Mandatar gleichgestellt werden dürfe, wie sich schon darin zeigt, dass bei Ertheilung eines Mandats der Herr sich zu näheren Anweisungen betreffs der Ausführung veranlasst sehen kann. Und in der That, der Auftraggeber wählt sich die Zeit der Vertretung, er sucht sich seinen Vertreter aus, er gibt ihm Anweisungen — von alledem weiss

Digitized by Google

der Geschäftsherr nichts, er muss nehmen, was da kommt, auch wenn der Erfolg fehlt; und er soll ebenso haften, wie ein allgemeiner Auftraggeber? Das ist unter Umständen sehr hart, abgesehen davon, dass man eben zu keiner wissenschaftlich haltbaren Lehre kommt, wenn das Gesetz einmal die subjective, einmal die objective Seite der menschlichen Handlung, [die doch eine ist (keine übernehmende und dann ausführende, sondern eine eben immer handelnde),] in dieser Weise betont. Diese Normirung gehört zu den Paragraphen, denen wir das Opfer einer wissenschaftlichen Ueberzeugung bringen müssen, in der Erwägung, dass der gesunde Sinn der Praxis und die Sprüche unseres Reichsgerichts auch aus ihm das beste Recht der Nation gestalten werden. Das ist um so mehr zu hoffen, als ja die principielle Absage an die Vertreter der objectiven Theorieen von Reichswegen erfolgt ist, und es sich nur um den Ausbau handelt, den im Grunde eben erst Praxis und Wissenschaft bringen können.

§ 8.

Die einzelnen Folgerungen aus dem Grundprincipe.

Aus dem vorwiegend subjectiv normirten Institute und dem Grundprincipe der Vereinigung der *utilitas absentis* mit der *utilitas absentium* unter Wahrung des Herrn vor unbefugter Einmischung ergeben sich die vom Gesetz normirten Consequenzen.

1. Der § 677 bestimmt den Inhalt der Verpflichtung des Geschäftsführers. In Abweichung vom § 749 des Entwurfs ist hier neben dem Auftrag auch jede andere Berechtigung, wie die aus dem Dienst- und Werk-Vertrag, ausgeschlossen, dagegen ist die Amtspflicht nicht erwähnt, weil sie ausserhalb des Bereichs des bürgerlichen Gesetzbuchs liegt.

Es wird hier das subjective Princip streng vertreten. Es sollte in den Vordergrund gestellt werden, „dass die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers von der Entscheidung der Frage abhängen, ob und wann er berechtigt sei, sich in die Geschäfte des Herrn einzumischen.“ Schon in der Wahl

Digitized by Google

des Wortes liegt hier die Tendenz des Gesetzes ausgesprochen.

Ganz im Gegensatz zu der erwähnten Trennung von Uebernahme und Ausführung billigt hier die Commission nicht, die *negotiorum gestio* als ein Handeln des Gestors ohne Vertretungsvollmacht zu bezeichnen, weil „die Vertretungsvollmacht des Vertreters sich auf den Bereich der Rechtsgeschäfte beschränke, während die Geschäftsführung darüber hinausgehe und sich auch auf die Vornahme thatsächlicher Leistungen erstrecke.“ In der That steht ja neben der *negotiorum gestio* nie die Vollmacht, sondern, wie ich allein unter harten Angriffen immer betont habe, das Abwesenheitscuratel, die m. E. bei längerer Abwesenheit von den Verwandten beantragt werden müsste. cf. § 7 meines Entwurfs, Seite 26 und Seite 37 bis 39 meiner Beiträge zum Römischen Recht. Für die scharfe Trennung vom Vollmachtsauftrag spricht auch die sehr richtige Erwägung der Commission, dass eine *negotiorum gestio* nicht anzunehmen ist, wenn Jemandem eine Ermächtigung ertheilt sei, die ihn zur Uebernahme nicht verpflichten solle, und er hinterher davon Gebrauch mache. In solchen Fällen werde zumeist ein Auftrags- oder Dienst- oder Werkvertragsverhältniss unterstellt werden müssen, wenn von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werde. Wie richtig! Die Ermächtigung zur Uebernahme ohne die Verpflichtung dazu führt nie zur *negotiorum gestio* in der Ausführung, wenn der Ermächtigte die Geschäfte übernimmt, denn der Wille des Herrn ermächtigt ihn, im Einzelnen als Beauftragter zu schalten. Werden die Geschäfte ohne Ermächtigung übernommen, so kann dies bei langer Verhinderung durch richterliche Auswahl und Ernennung eines Abwesenheitsvormundes geschehen, oder bei vorliegenden Bedingungen durch den Gestor. Dieser aber muss dann um der Freiheit des Herrn willen in dessen Geist handeln, und zwar, im Gegensatz zu jedem Auftrag, in rechtlicher wie thatsächlicher Hinsicht im Sinne des Herrn vertreten; wollte er nach seinem Ermessen handeln, so würden wir das Bedenkliche zulassen, dass bei Verhinderungen immer sich selbst wählende Abwesen-

Digitized by Google

heitsvormünder eintreten könnten, die uns als Eindringlinge erscheinen müssten. Dass zu dieser richtigen Erwägung der Commission die Normirung des § 751 und die Freigabe der Ausführung an das Belieben des Gestors nicht stimmt, bedarf keines Wortes. Den Widerspruch zu mildern wird die schwere Aufgabe der Praxis sein.

2. Die Commission hatte es der Redactionscommission überlassen, ob durch die Worte „für einen anderen" im Paragraph aus den Gründen der Motive II S. 855 die Unterscheidung zwischen der eigentlichen oder uneigentlichen *negotiorum gestio* (§ 761 des Entwurfs) zum Ausdruck gebracht werden sollte, oder ob „Geschäfte eines Andern" zu wählen sei. Die Entscheidung lautet: es ist zu formuliren „wer ein Geschäft für einen Anderen besorgt." Durch die Fassung „für einen Anderen", nicht „eines Anderen", ist die Unterscheidung zwischen objectiv fremdem Geschäfte, wenn das besorgte Geschäft an sich als ein Geschäft des Geschäftsherrn erscheint, und subjectiv fremdem Geschäfte, wenn es an sich als ein solches sich nicht darstellt, wohl aber von dem Gestor für den Herrn bestimmt gewesen ist, abgelehnt. Diese Unterscheidung hat nur Raum, wenn der Gestor für den Herrn ein Rechtsgeschäft abschliesst. Hierbei muss Gestor nach aussen hin den Willen offenbaren, für den Herrn zu handeln, sein innerer Wille ist gleichgiltig. Die Feststellung des Begriffs des objectiv fremden Geschäfts halte ich geradezu für unmöglich. Die Worte „für einen Andern" sagen ferner, dass der Gestor mit dem Bewusstsein und dem Willen gehandelt haben muss, das fremde Geschäft als fremdes zu besorgen. Die Fälle, wo dieses Bewusstsein fehlt, scheiden aus der *negotiorum gestio* ebenso ganz aus, wie die Fälle, wo Jemand das fremde Geschäft nicht für den den Andern, sondern rechtswidrig als eigenes behandelt (§ 761 des Entwurfs, § 687 des Gesetzbuches), oder wo Jemand das Geschäft eines Andern lediglich als Beauftragter eines Dritten besorgt (§ 760 des Entwurfs, im Gesetzbuche als überflüssig gestrichen). Es genügt also für die *actio directa* nicht die blosse Thatsache, dass objectiv ein fremdes Geschäft besorgt wurde. Dagegen steht der Irrthum des Gestors über die Person des *dominus* der Anwendung dieser Normen so wenig entgegen,

Digitized by Google

als der Umstand, dass der Gestor zu der Besorgung durch ein eigenes Interesse oder das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist (§ 757 des Entwurfs, § 686 des Gesetzbuches; und § 759 des Entwurfs, der im Gesetzbuche gestrichen ist). Nicht erforderlich ist, dass der Gestor das an sich fremde Geschäft mit der Voraussetzung eines der Person nach bestimmten *dominus* besorgt, wenn er es nur für denjenigen, welchen es angeht („für e i n e n Anderen") besorgt. So mit Recht die Motive II S. 856.

Ich füge dazu noch eine neue, heut mehr als je, nicht nur im Strafrecht, interessirende Erwägung. Für einen Andern kann man nur handeln, w e n n d e r A n d e r e u n t e r l ä s s t zu handeln. Auf diese Unterlassung aber kann ich nach dem Causalitätsgesetz nur aus einer v o r a n g e h e n d e n H a n d l u n g, aus der s o n s t i g e n Geschäftsführung des Herrn schliessen, die auch aus diesem Grunde streng zu beobachten ist. Ist der Herr geschäftsunfähig, so fehlt es an dieser Beobachtung und könnte nur auf den Vormund und dessen Handeln geschlossen werden, was das positive Gesetz ü b e r s e h e n hat.

Es ist hier leider nicht der Raum, einmal g r ü n d l i c h auf das Wesen der Unterlassung im Bürgerlichen Gesetzbuche einzugehen, ich kann nur darauf verweisen, dass endlich einmal ein Gesetzbuch die Bedeutung der U n t e r l a s s u n g erkannt hat, und ihre Folgen auch ausgesprochen, cf. z. B. § 241 und § 339 des Gesetzbuchs, ferner §§ 254, 324, 358 etc. Auch für unser Strafrecht würde m. E. bei der noch immer dort unentschiedenen Frage nach der Bedeutung der Unterlassung und der vorangegangenen Handlung es nöthig werden, dass diese Materie durch das Gesetz geordnet wird, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet.*)

3. Man hielt es für zweckmässig in der Commission, den Fall der g e g e n den erkennbaren Willen des Herrn erfolgenden Einmischung in dessen Geschäft besonders hervorzuheben, und auch für diesen das Mass der von dem sich Einmischenden zu beobachtenden Sorgfalt festzustellen. Der § 678 des Gesetzes ordnet diesen Schadensersatz. Musste der Gestor den Willen des *dominus* erkennen, und handelt er bei der „Uebernahme"

*) cf. meine von v. L i s z t in der 7. Aufl. des Lehrbuchs citirte (S. 114 Anm. 3) Abhandlung: Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung, 1895.

Digitized by Google

(hierin liegt m. E. wieder ein Fehler) nicht darnach, so liegt darin allein schon sein Verschulden. —

Nach § 681 hat der Gestor die Uebernahme sobald thunlich dem Herrn anzuzeigen, und, wenn nicht Gefahr im Verzug, dessen Entschliessung abzuwarten. Er muss nach §§ 666 bis 668 Nachrichten geben, Rechenschaft ablegen, Alles herausgeben, für sich etwa verwendetes Geld verzinsen. In der Commission hielt man § 681 mit Recht für selbstverständlich. denn er enthält Consequenzen des Grundprincips. Man glaubte aber dem Gestor behufs der Erforschung des Willens des Herrn einen objectiven Anhalt gewähren zu müssen, und schloss mit vollstem Recht auch hier jede Analogie mit dem Auftrage aus. Bestimmend war für die Normirung unter Anderem ein im Verkehr häufig hervortretender Missbrauch, der insbesondere, wie auch mir aus der Praxis bekannt, bei Abweichung von Bauplänen vorkommt. (Cf. Bähr Gegenentwurf § 552.)

4. Wenn der Gestor zu dem Zwecke handelt, um von der Person des *dominus* eine dringende Gefahr abzuwenden. so haftet er nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit; § 680. Eine später noch zu erörternde irrige Ansicht, welche den Widerruf der Schenkung hier einmischte, und analog auch Gefahren, welche den Angehörigen des Herrn drohen, mit berücksichtigt wissen wollte, fand keinen Beifall, und es wurde nicht neben der Person das Vermögen des Herrn erwähnt. Es wurde nicht für angängig erklärt, auch solche Gefahren, die den Herrn nur mittelbar beträfen, in den Bereich der Vorschrift zu ziehen. Und mit Recht. Denn die Ausnahme darf ohne Verletzung der wirthschaftlichen Freiheit des Herrn nicht ausgedehnt werden. Ich habe die Norm in § 10 meines Entwurfs wiedergegeben. und sie sehr scharf gefasst, um die Dringlichkeit zu betonen, die auch von den Motiven (II S. 858) vorangestellt wird. Die Norm entspringt der Billigkeit.

5. Wenn der *dominus* die Genehmigung versagt, so war es fraglich, ob dann dieser nicht Rechnungslegung, sondern nur Schadensersatz fordern dürfe; allein die Entscheidung über die Ertheilung oder die Versagung der Genehmigung wird ja häufig erst auf Grund der erfolgten Rechnungslegung getroffen

Digitized by Google

werden können, wobei es sich von selbst versteht, dass der *dominus*, der versagt, von dem Gestor keine Herausgabe fordern darf. Cf. Protocoll vom 29. November 1892.

6. Wenn der Gestor geschäftsunfähig oder in der Geschäftsführung beschränkt ist, so haftet er nur nach den Normen über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen, und ist wegen der Herausgabe nach den Normen wegen ungerechtfertigter Bereicherung verantwortlich, § 682. Die Motive (II S. 860) fassen die *negotiorum gestio* als Rechtshandlung im weiteren Sinn, und meinen, darauf finde die Norm der Rechtsgeschäfte im engeren Sinne betreffs der Handlungsfähigkeit Anwendung. Im gemeinen Recht ist die Frage streitig, Windscheid nimmt eine Haftung nur für Bereicherung an. Gründe der Billigkeit mögen für den § 682 sprechen.

7. An die Stelle des § 754 ist der § 685 getreten, wonach dem Gestor ein Ersatz nicht zusteht, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem *dominus* Ersatz zu verlangen. Diese Consequenz ergibt sich unmittelbar aus dem Grundprincip. In völliger Verkennung des Grundprincips war beantragt worden, dass dem Gestor, auch wenn der Wille fehle, der Anspruch zustehen solle, sobald eine Thatsache eintrete, welche bei einer Schenkung das Recht zum Widerruf begründen würde. Denn die Schenkung sei ja auch auf solche Fälle ausgedehnt, in denen das zu Gunsten eines Andern gebrachte Opfer keine unmittelbare Vermehrung des Vermögens bewirke, (so z. B. für den Fall, wo jemand an Räuber das Lösegeld zahle.) Man habe die Normirung abgelehnt, weil man sich hier anderer Mittel zur Rechtsverfolgung bedienen könne. Dieses Mittel könne nur § 753 sein, nach dem diese Aufwendungen nicht als Schenkung angesehen würden. Es würde ungerecht sein, im Falle groben Undankes den, der eine freigebige Aufwendung im Interesse des Undankbaren gemacht habe, ungünstiger zu stellen, als den, der ihm eine Schenkung gemacht habe. So gut wie im letzteren Fall der *animus donandi*, müsse im ersteren Fall der *animus non recipiendi* rückgängig gemacht werden.

Dieser Antrag ist mit vollstem Recht nach dem Protocoll abgelehnt worden.

Es handle sich um ein eigenes Geschäft des Aufwendenden,

Digitized by Google

der mit seiner Aufwendung hier einen idealen Zweck verfolge; der Andere nehme den Vortheil als freundschaftliche Dienstleistung hin, eine Bereicherung liege nicht vor. Die Zuwendung könne nicht dadurch, dass der Begünstigte sich undankbar erweist, nachträglich wie eine Vermögenszuwendung behandelt werden. Es werde hier ja auch mehr verlangt, voller Ersatz; bei der Schenkung werde nur die Bereicherung gefordert.

Ich füge dem noch meine Gründe hinzu. Schenkung und *negotiorum gestio* haben nicht nur nichts gemein, sondern sind Gegensätze. Wer schenken will, will nie etwas dafür haben, wer die Geschäfte führt, will Ersatz haben. Die Schenkung an sich ist gar kein Rechtsgeschäft, sie ist eine Handlung der Moral, die gar keine rechtliche Regelung als solche verträgt. Jedes Kind, ja das Thier kennt die Aufgabe des Besitzes, um ihn einem Andern als Gabe zu überlassen. Dazu bedarf es keiner Rechtsnorm, wie wenn ich eine Sache kaufe etc. Darum steht auch die Schenkung zunächst ausserhalb des Rechtssystems. Die Motive zum Entwurfe (II. S. 286) ahnen diese Stellung der Schenkung, die „einen charakteristischen Unterschied von allen andern Rechtsgeschäften unter Lebenden" habe, — nennen ihn aber keinesfalls.

Die Normirung und Beschränkung der Schenkung im Recht ruht nur auf einem positiven Institute, das ich später zu behandeln hoffe. Vom idealen, moralischen Standpunkt aus ist zu sagen, dass der Schenker wie der Beschenkte der Rechtsnormen so wenig bedürfen, wie ihrer das andere moralische Institut, die Ehe, bedarf, wie ihrer Ehegatten bedürfen; eine Ehe, die materiell durch Gesetz geregelt werden muss, ist in meinen Augen so wenig eine rechte Ehe mehr, wie mir eine Schenkung werth ist, die nach dem Rechte ruft. Daraus erhellt einmal wieder, dass die vier Kreise der Geisteswelt, das Wahre, das Schöne, das Rechte, das Gute, im Grunde streng geschieden bleiben. Wer recht handelt, handelt darum noch nicht gut, und umgekehrt. Jenseits von gut und bös liegt z. B. die ganze Lehre vom Widerruf der Schenkung. Moralisch*) hat der Schenker seine Gabe zu geben, ohne dass die

*) Nach der christlichen Moral. Eine allgemeine „Ethik" lässt sich nicht construiren, jede ist historisch.

Digitized by Google

linke Hand weiss, was die rechte thut; wenn sich der unter die Mörder Gefallene und dann vom Samariter Gepflegte einer schweren Verfehlung gegen den Schenker schuldig macht, soll der Barmherzige nach § 530 des G.B. widerrufen können; womit er eben seinen Lohn dahin hätte, denn dann liegt der Schenkung eben doch ein *do ut des* zu Grunde, ich schenke damit du nicht undankbar bist, d. h. ich schenke eigentlich nicht.

Die Motive zum Entwurf erkennen die Unnatur des Widerrufs, und fügen sich nur der falschen Ethik, die nun einmal „im heutigen Rechtsbewusstsein" gilt (II. S. 302). Dafür ist aber der Widerruf aufs äusserste eingeschränkt worden, als ein „anormales" Recht; cf. § 530, § 532, § 534. Die Beschränkung auf ein Jahr, die zahlreichen nicht anerkannten Widerrufsgründe, zeigen die Stellung des Gesetzgebers. Schliesslich wird der Moral ein weites Gebiet mit Recht wieder freigegeben, indem die einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprechende Schenkung nicht widerrufen werden kann (§ 534).

Dass ein so anomales und eingeschränktes Institut keine analoge Anwendung verträgt, ist der neue Grund, den ich den guten Gründen der Majorität für die Ablehnung jenes Antrags noch hinzufüge.

8. Ein der *gestio* entgegenstehender Wille des Herrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die *gestio* eine Pflicht des Herrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltungspflicht des Herrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde (§ 679). In diesen Fällen hat der Gestor Anspruch, auch wenn die Uebernahme mit dem Willen des *dominus* in Widerspruch steht (§ 683). Auch hier wurde ein Antrag abgelehnt, der Ethik und Recht verschmelzen wollte, und so beiden schaden wollte, indem er verlangte, dass die Norm auf sittliche Pflichten ausgedehnt werde. Es würden dann alle sittlichen Pflichten erzwingbar und so nicht sittliche werden. An Stelle der sittlichen Freiheit träte ein philiströser, ärmlicher, elender Zwang. Es mag wohl eine sittliche Pflicht sein, einen Andern, der sich ins Wasser stürzt, gegen dessen Verbot zu retten, „keineswegs aber ist es eine sittliche Pflicht, die Rettung auf Kosten des Lebens-

3*

Digitized by Google

müden zu bewirken“ (cf. Sitzung vom 29. Nov. cit.)! — Ich habe diese Normen s. Z. in meinem Entwurfe § 4, § 5 ebenso normirt, und als *actio funeraria utilis* bezeichnet. Ich verweise auf § 5 S. 30 meiner Schrift „Das Princip der *actio funeraria*“; das objective Princip dieser *actio* ist nicht *utilitas absentium* und *utilitas absentis*, sondern eben die objective *aequitas*; cf. Motive II S. 865. Hier wird die subjective *utilitas absentis* nach meiner Construction ausser Acht gelassen, um der *utilitas absentium*, vor Allem um des Gemeinwohls willen, und ein Stück Willensfreiheit wird genommen.

9. Dass § 756 des Entwurfs und die Motivirung der Protocolle, welche den Paragraph streichen, durchaus irrig ist, habe ich oben nachgewiesen. Dem positiven Gesetz gegenüber ist nichts weiter zu sagen. Geschäfte, die nicht geführt werden können, können vom Gestor logisch nicht vertreten werden, nur die Geschäfte des Vertreters oder Vormundes können geführt werden.

10. Ist der Gestor über die Person des *dominus* im Irrthum, so wird der wirkliche *dominus* aus der *gestio* berechtigt und verpflichtet (§ 686). Cf. Windscheid § 431, Note 9. M. E. ist diese Norm theoretisch aus dem Wesen der Lehre abzuleiten, und habe ich sie gestrichen; cf. Beiträge zum Römischen Recht S. 32.

11. Liegt § 683 nicht vor, so ist der *dominus* verpflichtet, dem Gestor Alles, was er durch die *gestio* erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung heraus zu geben. Genehmigt der *dominus* die *gestio*, so steht dem Gestor der Anspruch des § 683 zu (§ 684). Wenn der Gestor mit der Sache des Herrn eine andere Sache verbunden hat, so reicht die *condictio* hin, weil der *dominus* die mit seiner Sache verbundene Sache ohne Grund hat. Genehmigt der Herr, so ist der Anspruch auf Schadensersatz ohne Erlassvertrag ausgeschlossen. Es liegt im freien Willen des *dominus*, ob er das *inutile negotium* genehmigen will. Wieweit die Genehmigung reicht, ist Thatfrage (Motive II S. 867).

12. Der § 759 des Entwurfs ist mit Recht gestrichen worden, da der Beweggrund aus allgemeinen Gründen keine Berücksichtigung verdient. Ebenso ist mit Recht der § 760 des Entwurfs gestrichen, da die Klarstellung des Verhältnisses,

Digitized by Google

welches entsteht, wenn Jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorgt, bei der geringen praktischen Bedeutung der Frage der Wissenschaft überlassen werden kann. In der Regel wird hier der Gestor nur das Mandat erfüllen. Wenn er aber die Absicht hatte, zugleich als Gestor für den Herrn zu handeln, und diese Absicht wird von ihm bewiesen (er hat die Beweislast!), so gilt der Grundsatz der *negotiorum gestio* auch hier.

13. Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei. Die *utilitas absentium* fordert das rein subjective Princip. Behandelt Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiss, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Gestor nach § 674, 1 verpflichtet (§ 687). Wenn Jemand ein fremdes Geschäft irrthümlich als ein eigenes besorgt, so sind der Herr und der Gestor zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet, eventuell haftet der Gestor wegen unerlaubter Handlung. Ist der Gestor dabei in bösem Willen, so meinte die Commission mit Recht, dass man nicht blos auf die unerlaubten Handlungen verweisen dürfe, denn abgesehen von den Bedenken wegen *mala fides superveniens*, werde der Herr regelmässig gezwungen sein, die allgemeinen Voraussetzungen der unerlaubten Handlung nachzuweisen, insbesondere auf die Frage nach der böswilligen Absicht eingehen müssen; auch sei für die Verjährung dann der Schuldner hier besser gestellt, als bei der *gestio*.

14. Die Normen der Geschäftsführung ohne Auftrag finden noch Anwendung im Falle des § 450 (Verwendungen auf die verkaufte Sache vor der Uebergabe seitens des Verkäufers), § 547 (Verpflichtung des Vermiethers zum Ersatze von Verwendungen), § 1601 (dieselbe Pflicht des Verkäufers), § 994 (Ersatzpflicht des Eigenthümers gegenüber dem Besitzer), § 1049 (dieselbe Pflicht gegenüber dem Niessbraucher), § 1216 (Ersatzpflicht des Verpfänders für Verwendungen des Pfandgläubigers auf das Pfand), § 1978 (Aufwendungen des Erben), § 2125 (Verwendungen des Vorerben auf die Erbschaft).

Digitized by Google

Anhang.

1. Mein eigner, früherer Entwurf von 1882.

(cf. das Grundprincip der *negotiorum gestio* S. 30 ff.)

Das positive Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 1.

Wer freiwillig fremde Angelegenheiten besorgt, wie er aus den äusseren, im Geschäftskreise des Herrn vorliegenden und erkennbaren Umständen billigerweise schliessen musste, dass sie der Herr besorgt haben würde, wenn er nicht verhindert gewesen wäre, hat Anspruch auf vollen Ersatz, sobald er die Angelegenheit unternommen hat, selbst wenn er deren Besorgung nicht zu Stande bringt.

§ 2.

Andrenfalls steht ihm nur ein Anspruch zu, wenn der Herr seine Besorgung genehmigt oder soweit der Herr durch dieselbe bereichert worden ist.

§ 3.

Der Geschäftsführer hat die Sorgfalt eines guten Hausvaters anzuwenden.

§ 4.

Hat der Geschäftsführer eine dem Herrn obliegende, auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsführer ihm zu handeln verboten hat (*actio funeraria utilis*).

Digitized by Google

§ 5.

Ascendenten und Descendenten, Geschwister und Ehegatten, welche einander alimentiren, haben die Vermuthung gegen sich, dass sie nicht als Geschäftsführer, sondern in der Absicht zu schenken handeln.

§ 6.

Handlungsunfähige Geschäftsherrn sind nur in so weit zum Ersatz verpflichtet, als sie bereichert sind.

§ 7.

Bei längerer Abwesenheit oder Verhinderung des Geschäftsherrn haben Ascendenten, Descendenten, Geschwister und Ehegatten, falls kein Gestor eintritt und die Geschäfte eine umsichtige Verwaltung erfordern, die Pflicht, auf Bestallung eines Abwesenheitsvormundes anzutragen.

§ 8.

Der Geschäftsführer hat über die geführte Verwaltung Rechnung zu legen, und muss Alles, was in Folge der Verwaltung an ihn gekommen ist, dem Herrn überlassen und für jeden durch Verletzung seiner Pflicht entstandenen Schaden vollen Ersatz leisten.

§ 9.

Der Geschäftsherr muss dem Geschäftsführer alle Auslagen und Aufopferungen erstatten, und ihn von allen Verbindlichkeiten befreien.

§ 10.

Wenn ohne die Dazwischenkunft des Geschäftsführers für den Herrn Alles verloren gewesen wäre, so haftet der Erstere nur wegen grober Nachlässigkeit.

§ 11.

Handelt der Geschäftsführer nicht mit dem Willen, den Herrn zum Ersatz zu verpflichten, sondern in der Absicht zu schenken oder um eine auch nur natürliche Verbindlichkeit zu erfüllen, so fällt der Anspruch weg.

Digitized by Google

§ 12.

Wenn ein Theilhaber in Betreff des gemeinschaftlichen Gegenstandes eine Handlung vornimmt, so gelten die Rechtssätze von der Gemeinschaft. Handelt er aber zugleich mit für den Antheil der Genossen, so gelten die obigen Bestimmungen.

2. Der 1888 veröffentlichte Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

§ 749.

Wer für einen Anderen ohne dessen Auftrag und ohne Amtspflicht ein Geschäft besorgt, haftet dem Geschäftsherrn für den Ersatz des durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schadens.

Der Geschäftsführer haftet insbesondere auch für den Ersatz des Schadens, welchen er dadurch verursacht hat, dass er gegen den bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erkennbaren Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat, es sei denn, dass eine der im § 755 bezeichneten Voraussetzungen vorliegt.

§ 750.

Hat der Geschäftsführer zu dem Zwecke gehandelt, um von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr abzuwenden, so haftet er nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit.

§ 751.

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn über die Geschäftsbesorgung Rechenschaft abzulegen und demselben dasjenige herauszugeben, was er aus der Besorgung erlangt hat. Auf diese Verpflichtungen finden die Vorschriften über die einem Beauftragten obliegenden Verpflichtungen entsprechende Anwendung.

§ 752.

Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur zur Herausgabe der aus der Geschäftsbesorgung erlangten Bereicherung nach Mass-

Digitized by Google

gabe des § 748 Abs. 3 verpflichtet, unbeschadet der Haftung aus unerlaubter Handlung.

§ 753.

Wenn und soweit der Geschäftsführer dergestalt gehandelt hat, dass anzunehmen ist, es würde sein Verhalten von dem Geschäftsherrn bei Kenntniss der wirklichen Sachlage gebilligt worden sein, so hat der Geschäftsführer wie ein Beauftragter des Geschäftsherrn gegen diesen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten, auch wenn der durch die Geschäftsführung beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist.

Es wird vermuthet, dass der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen.

§ 754.

Der im § 753 bezeichnete Anspruch steht dem Geschäftsführer nicht zu, wenn dieser ohne den Willen gehandelt hat, den Anspruch zu erlangen.

Haben Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder die letzteren den ersteren Unterhalt gewährt, so ist im Verhältnisse derselben zu einander im Zweifel anzunehmen, dass jener Wille gefehlt habe.

§ 755.

Ist von dem Geschäftsführer die im öffentlichen Interesse gebotene Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit bewirkt, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmässig erfüllt worden wäre, so steht dem Geschäftsführer der im § 753 bezeichnete Anspruch auch dann zu, wenn er gegen ein Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hat. Dasselbe gilt, wenn von dem Geschäftsführer die Erfüllung einer dem Geschäftsherrn obliegenden gesetzlichen Unterhaltungspflicht bewirkt ist, welche ohne die Geschäftsbesorgung nicht ordnungsmässig erfüllt worden wäre.

§ 756.

Auf den dem Geschäftsführer nach dem § 753 zustehenden Anspruch ist die Geschäftsunfähigkeit oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn ohne Einfluss.

Digitized by Google

§ 757.

Hat der Geschäftsführer in der Person des Geschäftsherrn geirrt, so wird der wirkliche Geschäftsherr nach Massgabe der §§ 749 bis 756 berechtigt und verpflichtet.

§ 758.

Entspricht die Geschäftsbesorgung nicht den Voraussetzungen des § 753, so hat der Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn nur einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung nach Massgabe der §§ 742 bis 744. Soweit jedoch eine solche Geschäftsführung von dem Geschäftsherrn genehmigt wird, erlangt der Geschäftsführer nicht allein den im § 753 bezeichneten Anspruch, sondern auch Befreiung von den Ansprüchen des Geschäftsherrn auf Schadensersatz wegen mangelhafter Geschäftsbesorgung.

§ 759.

Die Anwendung der Vorschriften der §§ 749 bis 758 wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Geschäftsführer zu der Geschäftsbesorgung durch ein eigenes Interesse oder durch das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist.

§ 760.

Wenn Jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorgt, so wird ihm der Geschäftsherr und er dem letzteren aus der Geschäftsbesorgung nicht verpflichtet, es sei denn, dass er zugleich in der Absicht gehandelt hat, als Geschäftsführer des Geschäftsherrn das Geschäft zu besorgen.

§ 761.

Die Vorschriften der §§ 749 bis 758 finden keine Anwendung:

1) Wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt hat, dass dasselbe sein eigenes sei;
2) wenn Jemand ein fremdes Geschäft in rechtswidriger Absicht als eigenes behandelt hat.

Im ersten Falle sind Geschäftsführer und Geschäftsherr zur Herausgabe der dem Einen oder Anderen aus der Geschäfts-

Digitized by Google

besorgung zugegangenen Bereicherung nach Massgabe des § 748 Abs. 3 verpflichtet, unbeschadet der Haftung des Geschäftsführers aus unerlaubter Handlung.

Im zweiten Falle haftet der Geschäftsführer nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden Vorschriften.

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

§ 677.

Wer ein Geschäft für einen Anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder muthmasslichen Willen es erfordert.

§ 678.

Steht die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem muthmasslichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch und musste der Geschäftsführer dies erkennen, so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt.

§ 679.

Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltungspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.

§ 680.

Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr, so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

§ 681.

Der Geschäftsführer hat die Uebernahme der Geschäftsführung, sobald es thunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen

Digitized by Google

und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschliessung abzuwarten. Im Uebrigen finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 entsprechende Anwendung.

§ 682.

Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich.

§ 683.

Entspricht die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem muthmasslichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht.

§ 684.

Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer Alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu.

§ 685.

Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen.

Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen.

Digitized by Google

§ 686.

Ist der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrthume, so wird der wirkliche Geschäftsführer aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet.

§ 687.

Die Vorschriften der §§ 677—686 finden keine Anwendung, wenn Jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei.

Behandelt Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes obwohl er weiss, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet.

Digitized by Google

Von demselben Verfasser erschienen:

Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877. Georg H. Wigand, Cassel.

Das negotium utiliter gestum. 1878. Hermann Böhlau, Weimar.

Die Lehre von den Testamentsvollziehern. 1881. Iherings Jahrbücher.

Das Grundprincip der negotiorum gestio. 1882. Puttkammer und Mühlbrecht, Berlin.

Recht und Rechtsquellen. 1883. Georg H. Wigand, Cassel.

Gewohnheitsrecht und Irrthum 1884. Georg H. Wigand, Cassel.

Die Kommissivdelikte durch Unterlassung und die Omissivdelikte. Zweite Auflage. 1884. Georg H. Wigand, Cassel.

Haben nicht-physische Personen das Armenrecht? 1886. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Die Bedeutung der Rückführbarkeit und der mala fides für die Lehre von der Specifikation. 1887. Archiv f. civ. Praxis.

Die Lehre vom Vergleiche. 1889. R. von Decker, Berlin.

Beiträge zum römischen Recht. 1891. Albin Schirmer, Naumburg.

Die Haftpflicht der Gastwirthe. 1892. Albin Schirmer, Naumburg.

Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. 1895. Carl Heymanns Verlag, Berlin.

Die Lehre von den Testamentsvollstreckern und der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896. Carl Heymanns Verlag, Berlin.

Digitized by Google



Digitized by Google

